DISSERTATIO JURIDICA

DE

DUOBUS

CIRCA

IDEM FACTUM CONCURRENTIBUS,

QUAM

IN ILLUSTRI ACADEMIA FRIDERICIANA,

PRAESIDE

DN. JACOBO FRIDERICO LUDOVICI,

J. U. D. & PROF. PUBL. ORDIN.

AD DIEM OCTOBR MDCCXIV.

PLACIDO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JOHANNES Ritz,

STARGARDIA POMERANUS.

V. E. III NAPOLI

HALAE MAGDEBURGICAE,
TYPIS JOAN. CHRIST. GRUNERTI, ACAD. TYPOGR.
RECUSA MDCCXLIIX.

(5 ½)

Digitized by Google

DISSERTATIO JURIDICA
DE
DUOBUS CIRCA IDEM FACTUM CONCURRENTIBUS.

CONTENTA TOTIUS DISSERTATIONIS.

EXplanatio rubricæ & ratio, quare duorum ſaltem mentio fiat, §. I. facti deſcriptio & diuiſio, §. II. an quoque non-factum huc pertineat? §. III. concurſus rerum, actionum & perſonarum. De concurſu perſonarum in ſpecie, §. IV. de pluribus tutoribus circa eandem tutelam concurrentibus. Primus caſus, ſi teſtator in teſtamento ſuo adſcripſit, quinam ex illis tutelam actu gerere debeat, §. V. ſecundus caſus, quando tutores concurrentes ipſi unum eligunt, §. VI. tertius caſus, quando ex concurrentibus prætor uni adminiſtrationem demandat, §. VII. quartus caſus, quando tutores concurrentes negotium tutelæ inter ſe diuiſerunt, §. IIX. quintus, ſi tutela a teſtatore, vel judice diuiſa, §. IX. ſextus, ſi omnes coniunctim adminiſtrant, §. X. ſeptimus caſus, quando ex pluribus concurrentibus unus ſatisdationem offert & ſic ſolus adminiſtrationem ſuſcipit, §. XI. de duobus negotiorum geſtoribus concurrentibus & culpa a gerente præſtanda, §. XII. negotiorum geſtor ad omnia abſentis negotia expedienda non tenetur, niſi alius concurrat, omnia expediturus. §. XIII. de duobus protutoribus concurrentibus, § XIV. de pluribus procuratoribus circa idem factum concurrentibus. An ſin-

guli negotium commiſſum in ſolidum expediant? §. XV. de concurſu duorum cohæredum circa eandem rem habendam, §. XVI. nec non duorum emtorum intuitu rei emtæ conſequendæ. Jus ciuile hic a jure naturæ recedit, §. XVII. tranſitus ad materiam de jure protimiſeos, §. XIIX. primus caſus, quando duo concurrunt, quorum unus rem venditam ex conuentione, alter vero eandem ex legis diſpoſitione retrahere vult, §. XIX. vel, ſi unus ex teſtamentaria diſpoſitione, alter vero ex lege jus retractus prætendit, §. XX. quid de eo caſu ſentiendum, ſi reemtor & retrouendentis cognatus concurrat? §. XXI. ſecundus caſus, ſi concurrunt dominus directus in emphyteuſi & cognati emphyteutæ alienantis, §. XXII. tertius caſus, quando dominus directus cum vicino emphyteutæ alienantis concurrit, §. XXIII. quartus caſus de concurſu domini directi cum emphyteutæ ſocio. Reſpondetur diſtinguendo, §. XXIV. Tranſitio ad bona non emphyteutica. Quintus caſus de concurſu cognati cum ſocio, §. XXV. ſextus caſus, de concurſu ſocii cum vicino: §. XXVI. Caſus ſeptimus, quando circa rem eandem retrahendam plures conſanguinei venditoris iique æque proximi concurrunt. Caſus adfinis, quando jure Lubecenſi, Hamburgenſi & Luneburgenſi plures heredes æque proximi concurrunt & bona a cognato de facto alienata vindicare volunt, §. XXVII. Quando unus ex concurrentibus æque proximis cognatis ſimul alienantis vicinus eſt intuitu rei alienatæ, tunc ille reliquis præfertur, modo jus retractus ex capite vicinitat. receptum fuerit, §. XXIIX. octauus caſus de concurſu cognati alienantis cum ipſius vicino, §. XXIX. Nonus caſus. quando duo vicini alienantis in exercitio juris retractus concurrunt, §. XXX. inſeritur ſententia Facultatis juridicæ Halenſis hanc materiam illuſtrans, una cum rationibus decidendi, §. XXXI. Decimus caſus. ſi vicini tales ſunt ex inæqualibus partibus, v. g. unus ex tribus partibus, alter vero ex una parte ſolum, &c. §. XXXII. undecimus caſus ex Matthæo ab Afflictis, de concurrente vicino propinquiore cum remotiore §. XXXIII. duodecimus caſus ex eodem autore, ſi v. g. vicinus ex latere dextro ædes vicini emit, vicinus autem ædium emtarum ex atere ſiniſtro eas retrahere vult, §. XXXIV. decimus tertius ca-

Digitized by Google

caſus, ſi res aliqua ſub haſta venditur & in licitatione creditores cum extraneis, cognati debitoris cum extraneo, aut plures creditores inter ſe concurrunt, §. *XXXV. caſus decimus quartus de duobus ſociis concurrentibus,* §. *XXXVI. decimus quintus caſus, quando duo jus protimiſeos ſibi ſtipulati ſunt, verum diuerſo tempore. Quid ſi illud jus eodem tempore adquiſiuerint?* §. *XXXVII. decimus ſextus caſus, quando duo conſanguinei æque proximi concurrunt, vnus vero ex illis præter jus ſanguinis etiam ſpeciali pacto ſibi proſpexit,* §. *XXXIIX. tranſitus ad alias materias,* §. *XXXIX. de caſu ex jure feudali, ſi duobus expectatiua conceditur intuitu ejusdem feudi,* §. *XL. quid ſi feudum a tertio poſſideatur & in ejus vindicatione dominus directus cum domino utili concurrat?* §. *XLI. de concurſu plurium, qui cum eadem virgine ſponſalia celebrarunt & nunc conſummationem matrimonii urgent,* §. *XLII. quid ſi v.g. ad clandeſtina ſponſalia concubitus acceſſerit? ille nullum jus tribuit,* §. *XLIII. diſſentit Carpzovius, cui reſpondetur,* §. *XLIV. de duobus ſponſis concurrentibus, quorum unus ſponſalia conditionata priora, alter autem pura poſteriora contraxit. Carpzouius a ſe ipſo diſſentit,* §. *XLV. quid, ſi ad poſteriora benedictio ſacerdotalis acceſſerit? notatur iterum Carpzouius, qui ſibi non conſtans,* §. *XLVI. quando duo cum eadem virgine matrimonium inire volunt, ſequeſtratio interdum decernitur, quod & tunc fit, quando metus eſt, ne virgo metu inducatur, ut cum uno ex concurrentibus ſponſalia celebret,* §. *XLVII. de pluribus legatariis, vel vnius legatarii heredibus in optione concurrentibus,* §. *XLIIX. concluſio diſſertationis,* §. *XLIX.*

§. I.

ANtequam ad ipſam materiæ ampliſſimæ ſuccinctam pertractationem nos adcingimus, breuis rubricæ diſſertationis explanatio præmittenda erit. Inſcripſimus diſſertationem de *duobus* concurrentibus, non quod plures excipiamus, poſſunt enim tres quo quoque, qua-

Digitized by Google

tuor, aut plures adhuc concurrere, ſed quia in jure non infrequens eſt, vt duorum adpellatione plures etiam comprehendantur. Ita in ff. titulum *de duobus reis conſtituendis* habemus. cum tamen non raro in uno eodemque contractu tres pluresue correi conſtituantur. Ita bigamiæ prohibitio etiam polygamiæ prohibitionem comprehendit. Et ita in reliquis.

§. II.

Facti vocabulum alias varie accipitur, prout Briſſonius in tractatu *de verborum ſignificatione* jam adnotauit. Papinianus in *l. 218. ff. de V. S. verbum facere*, inquit, *omnem omnino faciendi cauſam complectitur, dandi, ſoluendi, numerandi, judicandi, ambulandi.* DD. factum in *nudum* diuidunt, quod in ſola membrorum adplicatione ſubſiſtit, nec dominii, alteriusue juris translationem inuoluit, ut ire, agere, operas pro mercede præſtare, &c. & *qualificatum;* quod ejusmodi juris translationem inuoluit, ut ſoluere, tradere, &c. Utrumque certo reſpectu ad nos in præſenti pertinet. Ita factum nudum eſt, quando duo tutores, negotiorum geſtores, vel procuratores, circa idem negotium expediendum concurrunt; qualificatum vero, ſi jus retractus duo pluresue intuitu ejusdem prædii exercere, aut feudum promiſſum petere volunt. Non erraueris quoque ſi factum noſtrum explicaueris, quod idem ſit, ac negotium expediendum.

§. III.

An etiam *non factum* huc pertinet? Sane, quando DD. contractus innominatos, facio, ut facias, ſimilesue recenſent, ſub terminis adfirmatiuis etiam negatiuos contineri dicunt, B. Stryk. *in not. ad Lauterbach. tit. de præſcript. verb. ad verb. do, ut des*, & poteſt etiam in præſen-

ſenti materia caſus obuenire, ubi non factum conſideratur, verbi cauſa, ſi duo in communione ejusdem rei concurrunt, & ex illis alter aliquid facere intendit, alter vero ipſum prohibere vult, ne quid fiat; interim tamen ipſum factum adfirmatiuum principaliter nunc ad nos ſpectat.

§. IV.

Concurſu vocabulum in jure ſæpius occurrit. De concurſu creditorum quadruplici egit Brunnemannus *in tract. de proc. conc. credit. c. 1. §. 1.* Strykius *in not. ad h. l.* verbum *concurrere* vel rebus, vel actionibus, vel perſonis adplicari obſeruat. De concurſu perſonarum pauca excerpemus, quæ ſcopo noſtro inſeruiunt. Perſonarum concurſus, inquit, regulariter contingit ob æqualitatem juris, quod plures in eandem rem prætendunt. Sic datur concurſus cognatorum; *l. 1. §. 1. ff. de grad.* concurſus legatariorum, per *l. 80. ff. de legat. 3.* ubi obſeruanda phraſis: *concurſu partes fieri*, hoc eſt, ſi plures illi, quibus una res legata, concurrant, ſiue acceptent: illo concurſu efficiunt, ut quisque partem capiat, *d. l. 80. & l. 1. §. 3. ff. de vſufr. adcreſc.* quod alibi effertur *legatarios concurſu dominium* (partis ſcilicet) *adquirere, l. 7. C. de leg. &c.* In eo tamen concurſus ille, de quo hactenus, a præſenti noſtro concurſu differt, quod concurrentes non ſemper partes faciant, uti legatarii, id eſt, quod non ſemper ſimul factum expediant, ſed ſæpe unus alterum ab illo excludat. Eodem modo vocabulum concurſus intuitu creditorum accipitur. Nam hi omnes quidem concurrunt, ſolutionem urgent eamque ex bonis debitoris expectant: verum multi ex illis nihil conſequuntur, præcipue, ſi inter chirographarios locus ipſis adſignatus fuit.

§. V.

Digitized by Google

§. V.

Initium faciemus *a pluribus tutoribus circa eandem tutelam gerendam concurrentibus.* Agitur de hoc concurſu in *§. 1. J. de ſatisdat. tut. vel curat.* Diuerſi autem caſus hic probe ſunt ſeparandi. Primus caſus nullum dubium habet, ſi ſcilicet *teſtator in teſtamento ſuo adſcripſit*, quisnam ex pluribus tutelam adminiſtrare debeat, huic enim tutela, vel cura relinquenda, *d. §. 1. I. de ſatisdat. tut.* quia amiciſſimos & fideliſſimos parentes liberis tutores eligere ſolent, *l. 36. pr. ff. de excuſat.* reliqui ergo tutores hoc caſū honorariorum locum occupant, obſeruatores actuum adminiſtrantis & cuſtodes, de quo pluribus agit Ulpianus in *l. 3. §. 1. & 2. de adminiſtrat. & peric. tut*, ubi etiam *§. 3.* exceptio ſubiungitur, quod nempe tutori a patre deſtinato adminiſtratio cum excluſione reliquorum non ſit committenda, ſi pater minus penſo iudicio tutorem elegit, forte minor viginti quinque annis; vel eo tempore fecit, quo iſte tutor bonæ vitæ, vel frugi videbatur, deinde poſtea idem cœpit male conuerſari ignorante teſtatore; vel ſi contemplatione facultatum ejus res ei commisſa eſt, quibus poſtea exutus eſt.

§. VI.

Secundus caſus eſt, quando *tutores concurrentes ipſi unum eligunt* eique adminiſtrationem tutelæ demandant, *d. §. 1. J. de ſatisdat. tut.* Ulpianus in *d. l. 3. §. 7. de admin. & peric. tut. ſi non erit a teſtatore electus tutor, aut gerere nolet: tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreuerit: Prætor igitur jubebit, eos conuocari.* Hoc quidem caſu reliqui plene non liberantur, quia tutorum conuentione mutuum periculum minime finitum; interim tamen is, qui

qui adminiſtrauit, ſi ſoluendo eſt, primo loco ejusque ſucceſſores conueniendi ſunt, *l. 3. C. de diuid. tut.* reliqui ergo beneficio excuſſionis, ſiue ordinis, gaudent, Brunnem. *ad d. l. 3,* Hartm. Piſtor. *p. 1. qu. 6.*

§. VII.

Tertius caſus eſt, quando ex pluribus concurrentibus *prætor uni adminiſtrationem demandat.* Ulpianus in *d. l. 3. §. 7. ff. de admin. & peric. tutor. prætor igitur jubebit, eos conuocari: aut ſi non coibunt, aut coacti non decernunt, cauſa cognita ipſe ſtatuet, quis tutelam gerat,* confer etiam §. *1. I. de ſatisdat. tutor.* Cum vero & hoc caſu reliqui non adminiſtrantes aliquando in ſubſidium teneantur, non minus, ac in caſu primo in §. *V.* ante propoſito, ſcilicet, ſi per culpam ſuſpectum non remouerunt, vel tarde ſuſpicionis rationem mouerunt, uti loquuntur impp. in *l. 2. C. de diuid. tut.* hinc Prætor reliquis concurrentibus inuitis & renitentibus uni adminiſtrationem demandare nequit, et ergo, ſi non conſentiunt tutores prætori, ſed omnes gerere volunt, quia fidem non habent electo, nec patiuntur ſuccedanei eſſe, alieni periculi, dicendum eſt, prætorem permittere, eis omnibus gerere, *d. l. 3. §. 5. ff de adminiſtr. & peric. tut.*

§. IIX.

Quartus caſus ſequitur, quando plures tutores concurrentes tutelæ negotium *inter ſe diuiſerunt* & alteri hoc, alteri aliud negotium expediendum commiſerunt. Ulpianus in *l. 3. §. 9. ff. de admin. & peric. tut. item ſi diuidi inter ſe tutelam velint tutores, audiendi ſunt: ut diſtribuatur inter eos adminiſtratio.* Hæc tamen diuiſio pupillo præjudicium non infert, ſed ille ſingulos in ſolidum nihilominus conuenire poteſt, ſaluo interim beneficio ordinis,

ſiue excuſſionis, ſi is ſoluendo eſt, qui negotium geſſit, *l. 2. l. 3. C. de diuid. tutel.* Hartm. Piſtor. *d. part. 1. qu. 6.* Paul. Montanus *de jure tutel. c. 39. num. 156.* quod beneficium ceſſat, ſi ille tutor, qui eodem uti vult, alterum tutorem ſuſpectum per dolum remoueri non fecit, aut ſi ſuſpicionis cauſam agendo ſua ſponte jura pupilli prodidit, colludendo cum ſuſpecto & patiendo, ſe ab eo ſuperare, *d. l. C. de diuid. tut.* Montan, *loc. cit. num. 155. & 172 ſeqq.*

§. IX.

Quintus caſus eſt, quando tutela inter plures tutores *a patre teſtatore, vel a iudice diuiſa fuit.* Hic unusquisque pro ſua ſolum adminiſtratione tenetur, perinde, ut in caſu primo & tertio, *v. §. V. & VII.* nec reliqui conueniuntur, niſi eum, qui damnum intulit, per dolum aut culpam non remouerunt, *d. l. 2. de diuid. tut.* conjunxi diuiſionem a teſtatore & judice factam, quoniam facta judicis & teſtatoris ſibi æquiparantur, *l. 26. ff. de pignor. act.* Montan. *d. cap. 39. num. 177.*

§. X.

Addo ſextum caſum, quando plures tutores circa eandem tutelam concurrunt & *omnes quoque eandem conjunctim adminiſtrant.* Hic quilibet in ſolidum tenetur, ſi reliqui non ſunt ſoluendo, alias vero beneficium diuiſionis, locum inuenit, *l. 38. §. 1. de admin. & peric.* & certo etiam caſu beneficium ordinis, ſi unus ex pluribus damnum principaliter intulit, conf. *l. 39. §. 11. ff. eod.* Sed quid juris hoc caſu in *autoritate interponenda* obtinebit? reſpondetur, quemadmodum in caſu diuiſæ tutelæ ſinguli pro ſuis partibus, vel regionibus, autoritatem præſtant: ita in altero caſu, quando diuiſio non interuenit, unius tutoris autoritas pro omnibus tutoribus ſufficit niſi forſan,

ſan res, quæ agitur, ſolutionem faciat ipſius tutelæ: ut puta, ſi pupillus in adrogationem ſe dare deſiderat, tunc etenim quia integra tutela ſoluitur, ab omnibus etiam comprobandum eſt, quod omnes ſimiliter tangit, prout loquitur Juſtinianus in *l. 5. C. de autor. præſtand.*

§. XI.

Septimus caſus adhuc ſubjungendus eſt, quando ſcilicet ex pluribus tutoribus concurrentibus *unus ſatisdationem offert* & ſic ſolus adminiſtrationem tutelæ in ſe recipit, de quo in §. *1. J. de ſatisdat. tut.* Debet autem oblatio hæc alternatiue fieri: *aut ſatisda & adminiſtra, aut ſatis a me accipe, & adminiſtrationem mihi relinque*, Julius Pacius *in anal. J. ad d. §. 1.* Hæc optio contutoris tamen non admittitur a prætore, niſi cauſa cognita, debet enim inſpicere, qualis ſit perſona, quæ ſatisdationem offert & quales ſint perſonæ contutorum, vel concuratorum, quod diludice explicat Ulpianus in *l. 17. ff. de teſtam. tutel.* quid enim, inquit, ſi ſuſpecta perſona ſit, vel turpis, cui tutela committi nec cum ſatisdatione debeat? vel quid, ſi jam multa flagitia in tutela admiſit? nonne magis repelli & rejici a tutela, quam ſolus adminiſtrare debeat? nec ſatis non dantes temere repelluntur: quia plerumque bene probati & idonei atque honeſti tutores, etiamſi ſatis non dent, non debent rejici, quinimo nec jubendi ſunt ſatisdare, *d. l. 17. §. 1.* Ex eodem fundamento profluit, quod etiam in illo caſu, ſi plures ſatisdationem offerunt, is ceteris in adminiſtratione præferatur, qui eſt magis idoneus, *l. 18. ff. de teſtam. tutel.* Obſeruant vero DD. quod in hoc caſu ille, qui oblata ſatisdatione reliquos circa eandem tutelam concurrentes ab adminiſtratione excludit, ad culpam leuiſſimam præſtandam obligetur, in quem finem

Digitized by Google

nem prouocant ad *l. 53. §. 3. ff. de furt.* v. Lauterbach. *comp. jur. de tutel. & rat. diſtrah. p. 475.* Huberus *prælect. ad tit. I. de ſatisdat. tutor. n. 2.*

§. XII.

Quæ de tutoribus diximus, illa eodem modo & in iisdem caſibus ad *curatores* pertinent. Tranſeamus ad duos *negotiorum geſtores* circa idem factum expediendum concurrentes. Negotia aliena abſentium & ignorantium expedire ad officia humanitatis pertinet, & ergo negotiorum geſtor, ſi unus ſaltem adeſt, ad communem diligentiam præſtandam, ſiue, ut dicunt, de culpa leui ſolum tenetur, quo pertinet *l. 11. ff. de negot. geſt.* & maxime euidens *l. 20. C. eod.* ibi: *cum non dantum dolum & latam culpam, ſed & leuem præſtare neceſſe habeat.* Aſt vero, ſi duo concurrunt, & alter commodius adminiſtraturus eſt negotia, alter autem huic ſeſe præfert, hic, qui alteri ſeſe prætulit, ad culpam leuiſſimam præſtandam tenetur, *§. 1. I. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* Conſentit Lauterbach *comp. jur. tit. ff. de negot. geſt. p. 72.* Beier. *poſ. ff. eod. tit. poſit. 18.* falluntur vero Vinnius *ad d. §. 1. I. de oblig. quæ quaſ. ex contract.* Jo. Strauchius *ad uniuerſ. jus juſtinian. diſſ. 16. th. 16.* Struuius *S. I. C. ex 7. th. 50.* cum ceteris, qui exiſtimant, negotiorum geſtorem indiſtincte, id eſt, licet alius non concurrat, ad culpam leuiſſimam obligari, quibus jam reſpondit illuſtr. Thomaſius *in not. ad Strauch. loc. cit. verb. etiam leuiſſima.* Miſerum plane argumentum eſt, quod aliquando etiam in medium profertur, negotiorum geſtorem propterea indiſtincte, id eſt, alio non concurrente, ad culpam leuiſſimam præſtandam teneri, quoniam culpa eſt, ſe immiſcere negotio ad ſe non pertinenti; nam in *§. 1. I. de oblig. quæ quaſi*

ex

Digitized by Google

ex contr. dicitur, negotiorum geſtionem *utilitatis cauſa* receptam eſſe, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione peregre profecti eſſent, desererentur negotia. An ergo, quod utilitatis cauſa receptum eſt, culpæ adnumerabitur? an ciuilitas erit nociua? an officii humanitatis loco culpa ſubrogabitur? abſonum certe. Hoc quidem ſcio ex §. *7. I. de L. Aquil.* quod imperitia culpæ adnumeretur, & ergo etiam imperitus negotiorum geſtor non ſolum ad culpam leuiſſimam, ſed etiam ad caſum præſtandum obſtringatur, *l. 11. ff. de negot. geſt.* at vero non omnis negotiorum geſtor eſt homo imperitus, nec imperitus & negotiorum geſtor ſunt ſynonyma.

§. XIII.

Negotiorum geſtor ab expeditione facti & negotiorum plane abſtinere potuiſſet, quoniam ad humanitatis officia ſubeunda in foro nemo inuitus adigitur, & per conſequens etiam illi non imputabitur, licet ex diuerſis negotiis unum expediuerit, alterum vero neglexerit. Exceptio eſt, niſi alius concurrat circa idem negotium expediendum, qui & hoc & alterum ſimul expediuiſſet, is vero, qui negotium unum ſaltem geſſit, alteri ſe prætulit, & ſic ſe ipſum intruſit, hoc enim, uti jam in duobus §§. præcedentibus vidimus, in jure odioſum reputatur, v. *l. 6. §. 12. ff. de negot. geſt.* ibi: *& ſi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea geſturus fuit: an dici debeat, negotiorum geſtorum eum teneri & propter ea, quæ non geſſit? quod puto verius.*

§. XIV.

Negotiorum geſtoribus proxime accedunt *protutores*, nam hi etiam non tenentur, ſiquidem omni-

no non attingunt tutelam, neque enim attingere debuerunt, qui tutores non fuerunt, *l. 1. §. 9. ff. de eo, qui pro tut.* uno verbo, nemo inuitus cogitur, ut pro tutore negotia gerat, ſed res ad officia humanitatis pertinet. An ergo pro tutor tenebitur, ſi aliqua expediuit, cetera neglexit? ſi ſolus eſt, non tenetur, bene tamen, ſi alii circa eandem geſtionem concurrant. Ulpianus in *d. l. 1. §. 9. quod ſi quædam geſſit, videndum, an etiam eorum, quæ non geſſit, teneatur, & hactenus tenebitur, ſi alius geſturus fuit.* Intelligunt tamen DD. hoc de eo ſolum, qui ſciuit, ſe non eſſe tutorem, ſed qui tantum ad certum negotium moram non patiens loco tutoris accedit, nam qui putat, ſe eſſe tutorem, licet errauerit, ille propter opinionem ſuam nihil negligere debet; Faber *in cod. l. 5. tit. 28. def. 1. n. 4. in not.* Berlich. *p. 2. deciſ. 230.* B. Brunnem. *in comm. ad l. 1. ff. de eo, qui pro tut. num. 4.*

§. XV.

Videamus de pluribus *procuratoribus* circa idem factum concurrentibus. Plures procuratores etiam intuitu eiusdem litis dari poſſe extra dubium eſt, hoc autem facto ſinguli in ſolidum commiſſum negotium expediunt, & ſic occupantis melior conditio eſt, ut poſterior non ſit in eo, quod prior petit procurator, *l. 32. ff. de procur.* Ratio in caſu adfine de pluribus *fideiuſſoribus & heredibus rei* circa eandem defenſionem concurrentibus hæc redditur, ne defenſio per plures ſciſſa incommodo aliquo adficiat actorem in *l. 5. §. 7. ff. judicat. ſol.* unde etiam illi fideiuſſores & heredes defenſionem ſuſcipientes unum procuratorem dare neceſſe habent, juxta *l. cit.* idem jure canonico obtinet in cauſis ſpiritualibus, *ne propter procuratorum concurſum negotia eadem intricari contingat*, & hinc plu-

pluribus procuratoribus non in ſolum deputatis judex magis idoneum ex ipſis eligere valet, *c. 6. verſ. ſane in electionum. de procur. in 6.* in negotiis ſecularibus plurium procuratorum conſtitutionem, etſi in ſolidum ea facta non ſit, admittit *d. c. 6. pr.* & hanc diſpoſitionem hodie in judiciis obſeruari putat Ziegler *ad Lancellott. inſtit. jur. canon. l. 3. tit. 2. § 6. uerb. & tam unus.* Quemadmodum vero ipſe Zieglerus abſurditatem *cit. c. 6.* fuſe oſtendit: ita ego de praxi illa admodum dubito, maxime, cum in camera imperiali praxis in contrarium adſit, *ordin. cam. p. 1. tit. 19.* rubr. **wie man** Procurator**en und** Aduocat**en beſtellen, wie viel, und was Sachen ein ieder annehmen ſoll,** §. *1.* Blum. *proc. cam. tit. 10.* §. *7.* quo & ipſe collimat Stryk *in uſ. mod. ff. tit. de procur.* §. *27.* De praxi Pomeraniæ a diſpoſitione juris canonici recedente textus eſt **in der Hinter-Pommr. Hof Ger. Ord.** *tit. 12.* §. *3.* **und ſollen ſich von denſelben ie zu einer Sachen nicht mehr, als einer zum** Procuratorn **und** Aduocat**en beſtellen laſſen, und nicht zweene, drey, oder mehr einer Parthey und in einer Sachen zugleich** aduocir**en**, procurir**en**, &c.

§. XVI.

In *hereditate communi* ſæpe duo pluresue circa idem factum (qualificatum, v. §. *II.*) concurrrunt, quando ſcilicet res aliqua in hereditate occurrit, in quam ſpecialis adfectio cadit, & quam unus ex coheredibus habere vult, alter eandem mauult. Supponimus, rem commode diuidi non poſſe. Hic certe idem velle non eſt firmiſſima amicitia, ſed ſæpe odium parit. Quisnam ergo ex duobus hiſce concurrentibus alteri præferendus erit? judicem licitatione admiſſa uni rem adjudicare poſſe, habetur in

l. 22.

l. 22. §. 1. ff. fam. erciſc. quod ita intelligendum, ſi unus ex coheredibus concurrentibus majus pretium offert. Si pecunia ab utroque oblata ejusdem quantitatis eſt: res nonniſi per ſortem, ſiue fortunæ judicium, dirimi poteſt; v. Meu. *4. dec. 397. num. 2.* Carpzov. *p. 3. c. 15. d. 1.* idem ſortis judicium adhibendum eſt, quando in judicio familiæ erciſcundæ aliisque duplicibus *uterque litigantium eodem tempore ad judicium* prouocat, quamuis hoc meo quidem judicio rarius fieri poſſit.

§. XVII.

Quando *duo emtores circa eandem rem habendam concurrunt*, ſine dubio ille præferendus erit; qui prius rem emit, huic enim jus quæſitum eſt, quod ipſi inuito auferri iterum non poteſt. Interim iure romano hæc regula limitatur in eo caſu, ſi venditor rem venditam poſteriori emtori jam tradidit, priori enim emtori contra poſteriorem actio denegatur, tam rei vindicatio, *l. 15. C. de rei vind.* quam actio publiciana, *l. 7. §. 16. ff. de public. in rem act.* & ergo nihil aliud ſupereſt, quam actio ad intereſſe aduerſus venditorem, niſi forſan, ut DD. exiſtimant, poſterior emtor in mala fide fuerit, id eſt, ſciuerit, rem illam jam ante alteri venditam fuiſſe, quo caſu ipſius mala fides translationem dominii impedit, & hinc prior emtor contra poſteriorem actionem doli inſtituit, v. Brunnem. *ad. l. 9. ff. de public. in rem act. num. 6.* Abſtrahendo a jure romano priori emtori contra poſteriorem actionem indiſtincte concedendam eſſe cenſeo. Venditor priori emtori rem jamdum vendiderat & ſic dominium penes ipſum non amplius erat. Et ergo dominium quoque poſterior emtor adquirere non potuit, nemo enim

Digitized by Google

nim plus juris in alterum tranferre poteſt, quam ipſe habet. Urges forſan traditionem; verum reſpondeo, traditionem, quatenus actus mere phyſicus eſt, nullum jus in alterum transferre. In noſtro caſu autem nihil aliud illa eſt, quam eiusmodi actus mere phyſicus, quoniam titulus ad transferendum dominium habilis non præceſſit, venditor enim dominium non amplius habuit. Taceo, quod jure naturæ truditio ad translationem dominii non ſit neceſſaria & ſic prior emtor vi adquiſiti dominii contra ſecundum emtorem valide experiri queat, v. Hugo Grotius *de jur. bell. & pac. l. 2. c. 8. §. 25.* quo etiam collimat Puſendorff. *de jure nat. & gent. l. 4. c. I. §. 8.* ubi dicit, neceſſum non eſſe admitti, alienanti ante traditionem dominium aliquod imperfectum ſupereſſe, niſi dominium valde ἀκύρως velis vocare meram facultatem phyſicam ſuper re aliqua de facto diſponendi citra facultatem moralem.

§. XIIX.

Plurimæ quæſtiones ad inſtitutum noſtrum pertinentes in materia de *iure protimiſeos, ſiue retractus*, occurrunt, de quibus iam ante nos fuſe egit B. Stryckius *in tract. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 6. c. 3. §. 16. ſeqq.* Unde nos in præſenti ſpicilegia ſaltem colligemus. Cum vero jus retractus interdum ex conuentione, interdum ex lege prouenìat, & hoc poſterius iterum diuerſas ſuas ſpecies habeat; hinc ſi materiam diſtincte pertractare volumus, diuerſi illi caſus probe ab inuicem ſeparandi erunt.

§. XIX.

Primus caſus eſt, quando duo concurrunt, quorum *unus rem venditam ex conuentione, alter vero eandem ex legis diſpoſitione retrahere vult.* Quæritur: quisnam ex il-

lis in concurſu alteri ſit præferendus? Valde obſtare videtur vulgatum illud, quod prouiſio hominis tollat prouiſionem legis &, prout in vernacula dicimus, Willkühr bricht Land-Recht, Barboſa *axiomat. jur. uſufrequ. axiom. prouiſio 195.* Finckelth. *obſ. 21. num. 9.* atque exinde quispiam inferre poſſet, quod ille ſit præferendus, qui rem venditam ex conuentione retrahere intendit; nihilominus tamen DD. in ea ſunt opinione, quod alter præferendus ſit, qui jus retractus ex lege competens exercere vult, Stryk. *loc. cit.* §. 17. Rationem hanc eſſe exiſtimo. Lex eſt ante conuentionem. Ex illa lege v. g. proximus cognatus, ratione juris retractus exercendi jus quæſitum habet, quod ipſi per ſubſequentem conuentionem auferri non poteſt. Atqui, dicis, proximis tamen cognatis per alienationes inter viuos, vel etiam per diſpoſitionem teſtamentariam bona auferri poſſunt; regero, cognatos intuitu ſucceſſionis non habere jus certum, ſed ſolam ſpem, hanc vero ſpem fallacem eſſe & tam per conuentiones, quam per ultimas voluntates interuerti poſſe. Liberi & parentes intuitu portionis legitima jus quæſitum habent, atque hinc etiam legitimæ illa nullo modo auferri, vel grauari poteſt, alias enim quærelæ inofficioſi locus eſt, *t. t. ff. & C. de inoff. teſtam. tit. C. de inoffic. donat. & inoffic. dot.* Præjudicia huc pertinentia exhibet Chriſtoph. Philipp. Richterus *p. 2. deciſ. 76. n. 96. & 97.*

§. XX.

Idem ſtatuendum erit, ſi ex duobus concurrentibus unus ex *teſtamentaria diſpoſitione*, alter vero ex legis prouiſione jus retractus exercere velit. Nam lex quoque illud jus indulgens ante teſtamentum exiſtit, atque adeo per hoc jus ex legis diſpoſitione quæſitum alteri auferri ne-

nequit. Matthæus ab Afflictis *in tract. de jure prothimiſeos* §. *3. n. 10.* hunc caſum quoque tetigit & ſequentem in modum ratiocinatur: ſed aduerte, inquit, quia teſtator tacite, vel expreſſe non poteſt prohibere jus congrui, quia teſtator non poteſt facere, quod leges non habeant locum, *l. nemo poteſt. 55. de legat. 1.* Sic etiam de conſuetudine, quæ pro lege ſeruatur, ut in *l. de quibus 32 ff. de LL.* nam beneficium conceſſum a conſuetudine auferri non poteſt a priuatis. Eadem dicere voluiſſe cenſetur ab Afflictis, quæ in §. *præced.* adtulimus, quamuis non adeo clare ſeſe explicuerit.

§. XXI.

Cum retractu conuentionali adfinitatem aliquam habet *pactum de retrouendendo,* cujus occaſione hunc fingunt caſum: emtor rem oneri retrouenditionis obnoxiam primo venditori retrouendit, cum primo venditore, nunc reemtore, concurrit cognatus retrouendentis, qui jure retractus legali uti vult, quæritur, quisnam ſit præferendus? reemtorem præferunt, modo pactum de retrouendendo ipſi contractui in continenti fuerit adjectum, Tiraquell. *de retract. lignag.* §. *11. gl. 7. num. 1. ſeqq.* Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 6. c. 3.* §. *19.* Scilicet lex proximo cognato jus retractus concedit in bonis, quæ proximus cognatus vendens ſine ulla reſtrictione poſſedit & quæ ergo ille pro lubitu, vel in hunc, vel in alium alienando transferre potuit; at vero retrouenditor rem oneri retrouenditionis obnoxiam ita ſine reſtrictione non poſſidet, quia factum de retrouendendo, prout ſuppoſuimus, in continenti in prima venditione fuit adiectum. Quod ſi ergo primus venditor jus retroemendi ex interuallo demum ſibi ſtipulatus eſſet, alter concurrens præfer-

ferri deberet, qui ex legis prouiſione jus retractus exercere vult. Quia enim primus emtor rem emtam ab initio ſine ulla reſtrictione & onere retrouanditionis accepit, proximo cognato mox jus quæſitum fuit, quod ipſi per pactum ſubſequens auferri non potuit, *l. 11. ff. de R. I.* aſt vero in priori caſu pactum de retrouendendo mox ab initio & ſic eo tempore inibatur, quo proximus cognatus jus quæſitum nondum habebat. Simile quid deprehendimus in materia pignorum & hypothecarum. Quamuis enim creditori in omnibus debitoris bonis, præſentibus & futuris, generalis hypotheca conſtituta fuiſſet; nihilominus tamen huic creditori venditor v. g. ratione reſidui pretii, &c. præfertur, qui in continenti & eo tempore, quo contractus venditionis celebratus fuit, hypothecam in re vendita ſibi reſeruauit, Mev. *p. 6. dec. 193. num. 4. & 5.* Brunnem. *proc. conc. c. 5. §. 13.*

§. XXII.

Progredimur ad caſum ſecundum, quando concurrunt inter ſe *dominus directus in emphyteuſi & cognati emphyteutæ rem emphyteuticariam alienantis*, adeoque duo pluresue, qui ſinguli jus retractus ex legis diſpoſitione prætendunt. Dominum directum cognatis emphyteutæ præferendum eſſe cenſemus, quoniam in *l. 3. C. de jur. emphyteut.* ſolius domini directi mentio injicitur, verb. *& ſiquidem dominus hoc* (pretium ab alio oblatum) *dare maluerit, & tantam præſtare quantitatem, quantam ipſe reuera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſum dominum omnino hoc comparare.* Adſunt etiam rationes particulares, ne ſcilicet domino inuito alius emphyteuta obtrudatur, quem non elegit, quod tamen fieret, ſi cognato emphyteutæ

ali-

alienantis jus retractus præ domino concederetur, Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 6. c. 3. §. 21.*

§. XXIII.

Tertius caſus. Emphyteuta rem emphyteuticariam in tertium per modum venditionis transferre vult, dominus prætendit jus retractus ex *cit. l. 3. C. de jur. emphyt. concurrit vero cum domino vicinus emphyteutæ.* Manet prior deciſio, poſito etiam, quod ius retractus ex capite vicinitatis alicubi receptum fuerit, ex ratione in §. *præc.* adducta. Nam & hoc caſu domino directo inuito nouus obtruderetur emphyteuta, cuius perſonæ induſtriam ille non elegit, cum tamen ad induſtriam hanc in prima conceſſione emphyteuſeos præcipue reſpexerit, propterea, quod emphyteuta rem conceſſam meliorem reddere teneatur. Interim, ſi dominus ipſe retrahere nolit, cognatus vicinusue admittendus erit (excepto tamen caſu in §. *ſeq.* adducendo,) quia tunc dominus juri ſuo renunciauit, quod ipſi permiſſum, Id *l. c.* §. *22.* Matth. ab Afflict. *de jur. prothom. ad princ. leg. num. 7.*

§. XXIV.

Quartus caſus eſt, quando *dominus directus & ſocius emphyteutæ in retractu concurrunt.* Hunc quidem caſum non tangunt DD. in ſpecie, quos nos euoluimus: interim tamen nobis ex principiis ante poſitis ita dicendum videtur. Si ſocius intuitu ipſius rei emphyteuticæ cum emphyteuta partem ſuam alienante in ſocietate viuit: ſocius non ſolum domino directo, ſed etiam cognato & vicino præferendus erit. Dominus enim eo ipſo, dum huic & alienanti prædium ab initio in emphyteuſin conceſſit, ipſius perſonæ induſtriam elegit, nec domino inuito nouus emphyteuta obtruditur. Ergo ceſſant ratio-

nes, ex quibus agnatus & vicinus cum domino concurrens excludebatur. Quod ſi tamen ſocius ille non intuite rei emphyteuticæ, ſed aliorum bonorum cum emphyteuta in ſocietate viuit, aut ſi dominus ab initio ei cum emphyteuta prædium in emphyteuſin ſimul non conceſſit, ſed emphyteuta illum priuata autoritate in ſocietatem adſumſit: juri retractus nullus locus eſſe poterit.

§. XXV.

Quintus caſus. In retractu exercendo *cognatus & ſocius concurrit*, quis alteri erit præferendus? Abſtrahimus jam a bonis emphyteuticis, de quibus hactenus locuti ſumus & ſupponimus bona pleno jure ad alienantem pertinentia. In conſtitutione Friderici *5, F. 13.* præfertur cognatus verb. *inprimis vocentur parentes, qui ſunt conjuncti, poſt hos ſocii, &c.* & auctoritate hujus conſtitutionis niſus idem adſerit Wiſſenbachius *ad ff. diſp. 36. th. 10.* verb. *deficientibus conſanguineis coheredes, ſocii, vincini, confines hoc (jure) gaudebunt.* Statuta Mindenſia eodem modo diſponunt juxta Cruſium *ad Statut. Mindenſ. tit. 11. art. 7. 8.* quem adlegat Strykius *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 6. c. 3. §. 23.* Jus retractus ex capite ſocietatis, vel communionis, non ubique quidem obtinet, unde illi, qui hoc adſerit, onus probandi incumbit, v. Struu. *Juriſpr. rom. germ. form. l. 3. tit. 11. aph. 27.* ſed nos in præſenti ſupponimus, probatum eſſe, quod illud in aliquo loco obtineat. Fateor, deciſionem hujus caſus admodum dubiam eſſe, quoniam agnatus in concurſu dicto prælationem propterea prætendit: quia res vendita retractu non admiſſo e familia exiret, ſocius vero in communione dominii, quam hactenus exercuit, fundamentum ſuæ intentionis ponit. Interim DD. plerique hunc canonem calculo ſuo adprobarunt,

quod

quod ille præferendus ſit, qui ex duplici capite jus retractus prætendit, quia duplex vinculum fortius ligat, v. Richter *p. 2. deciſ. 76. n. 86. & 87.* atqui ſocius retrahere volens & in jure communionis & in iure vicinitatis ſeſe fundat, cognatus vero unum ſolummodo fundamentum adlegat, nempe jus cognationis, & ergo ſocius cognato concurrenti præferendus erit, B. Stryk. *dict. diſſ. 6. c. 3.* §. *24. & 26.* Suppono hic iterum, de eo certo conſtare, quod jus retractus ex capite vicinitatis in aliquo loco receptum fuerit; ſi enim hoc aliter ſeſe haberet, ego ſaluo aliorum judicio cognatum concurrentem ſocio retrahere volenti præferrem, quoniam tunc quilibet ex concurrentibus unum ſaltem vinculum adlegare poſſet, in tali autem caſu cognato magis fauendum eſſet, quoniam finis primarius juris retractus eſt, ut familiæ conſeruentur, Richter *d. deciſ. 76. num. 9. 10. & 88.* unde etiam retractus ex capite cognationis, licet a conſtitutione Friderici abſtrahamus, ubique locorum fere receptus eſt, alter autem ex capite communionis & vicinitatis probationem adſerentis requirit, ſi ab aduerſario negetur.

§. XXVI.

Sextus caſus. In retractu exercendo *concurrit ſocius cum vicino.* Hunc caſum in ſpecie non tangunt DD. quos ego euolui, puto tamen facilem eſſe ex ſuppoſito deciſionem. Scilicet dicunt, eum præferri debere, qui duplici jure gaudet. Sed vero ſocius & communionem & vicinitatem adlegat, nam de bonis immobilibus retrahendis hic ſemper loquimur, alter autem ſolam vicinitatem. Vicinus hoc fundamento nititur, ne ipſi injurioſus & rixoſus vicinus obtrudatur: ſocius retractum intendens idem adducit, & præterea hoc, ne cum homine

cu-

cujus fidem & induſtriam non probauit, in communione viuere cogatur. Adparet exinde, ſocii cauſam magis favorabilem eſſe, quoniam duplici incommodo adficeretur.

§. XXVII.

Septimus caſus. Circa eandem rem retrahendam *concurrunt plures conſanguinei venditoris.* Supponitur hic ab initio, cognatos illos concurrentes ejusdem gradus eſſe, alias enim, prout notum, proximior remotiorem excluderet. Deinde vero diſtinguendum eſt, utrum res retrahenda diuidua ſit, an vero indiuidua. Priori caſu omnes concurrentes ad retractum exercendum ſimul admittuntur, poſteriori autem caſu ſiquidem communio omnibus placet, omnes iterum admittendi erunt, de quo caſu in ſpecie Wiſſenbach. *ad ff. diſp. 36. th. 8.* ſi vero communio diſplicet, ad quam inuiti cogi non poſſunt, præuentioni locus erit, ut ſcilicet ille præferatur, qui prius de retractu egit. Ita enim & alias in jure receptum eſt, ut v. g. quando in tribus judiciis, familiæ erciſcundæ, communi diuidundo & finium regundorum, quæritur, quis actor intelligatur, quia par cauſa omnium videtur? is videatur actor, qui primus ad iudicium prouocauit, *l. 13. ff. de iudic.* ſorte autem res dirimenda ſit, ſi ambo (ſimul) prouocant, *l. 14. eod.* Nam obſtat, quod in caſu retractus per eiusmodi præoccupationem iura ſociorum perimantur & hoc intendatur, ut re, quæ ipſis pro parte competebat, ſocii plane excidant; reſpondeo enim primo, vigilantibus jura eſſe ſcripta & ſic ſocium, vel æque proximum conſanguineum, ſibi imputare debere, quod non ſtatim de retractu egerit. Damnum, quod quis ſua culpa ſentit, non eſt damnum. Deinde etiam ex alio capi-

te

te cognatus excluſus magnum damnum non ſentit. Retractus non eſt gratuitus, ſed retrahens ad idem pretium ſoluendum tenetur, quod tertius venditori obtulit. Quemadmodum ergo cognatus excluſus rem venditam ejusue partem non conſequitur: ita nec pecuniam exſoluit, ſed eam ſibi retinet & pro illa aliam rem comparare poterit. Imo etiam in illo caſu, quando judicium ſortis adhibetur, hoc intenditur, ut unus cognatorum æque proximorum re, quæ ipſi pro parte competebat, plane excidat, & tamen de juſtitia illius judicii nemo unquam dubitauit. Et ſententiam illam a nobis in hoc §. propoſitam DD. calculo ſuo communiter adprobant, v. Reinking. *de retract. conſanguin. qu. 2. num. 36. 84. ſeqq.* Tiraquell. *de retract. p. 1. §. 12. gloſſ. 10. num. 4.* Richter. *deciſ. 76. num. 19.* Carpzou. *p. 2. c. 31. def. 10. num. 7. & 8.* Struu. *juriſpr. rom. germ. for. l. 3. tit. 11. aph. 31.* Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 6. c. 3. §. 25.* Eodem modo jure Lubecenſi, Hamburgenſi & Luneburgenſi obſeruatur in eo caſu, quando plures heredes æque proximi bona hereditaria a cognato de facto alienata reuocare volunt, Mev. *ad jus Lubec. l. 3. tit. 7. art. 1. num. 42. ſeqq.* v. Dn. Præſes *in diſp. de diuerſo jure bonorum adquiſitorum & hereditariorum §. XLIIX.*

§. XXIIX.

Exceptio eorum, quæ modo fuſe adduximus, in eo caſu deprehenditur, *quando unus ex concurrentibus æque proximis cognatis ſimul alienantis vicinus eſt intuitu rei alienatæ,* ſuppoſito, quod jus retractus ex capite vicinitatis in loco aliquo receptum fuerit. Hocce caſu ille conſanguineus, qui ſimul alienantis vicinus eſt, alterum conſanguineum, licet æque proximus ille ſit, a jure retractus penitus excludit, per ea, quæ ante in §. *XXV.* diximus, quod nempe duplex

vinculum fortius liget, conf. Matth. ab Afflict. *de jur. proth.* §. *1. num. 36. in fin.* Richter. *d. deciſ. 76. n. 86. & 87.*

§. XXIX.

Octauus caſus, In retractu exercendo *cognatus alienantis cum vicino eiusdem concurrit*, quis alteri præferendus erit? Pro vicino pronunciat Matth. ab Afflictis *de jure proth.* §. *8. num. 1. ſeq. unus vicinus*, inquit, *excludit multos parentes, ſicut alias dicitur, quod una ratio efficax vincit duas perſuaſivas.* Rationes ſubjungit ſequentes Matthæus ille: (1) *quia majus eſt priuilegium, quod quis habet jure vicinitatis & ſic rei, quam priuilegium ratione perſonæ*, (2) *quia potentius eſt priuilegium accidentale, quam naturale*, & (3) *quod diuerſitas conjunctionis diuerſum producat effectum.* Quemadmodum vero hæ rationes admodum obſcuræ ſunt: ita quoque omni fundamento deſtituuntur. Poſterior ratio, quod nempe priuilegium accidentale potentius ſit; quam naturale, judicio B. Strykii *d. diſſert. 6. c. 3.* §. *24.* corruit, ſimul ac perlecta, & nec prior maioris eſt roboris, retractus enim conſanguinitatis peræque tribuit jus in re, atque vicinitatis. Nobis ergo magis ſeſe probat ſententia Richteri *deciſ. 76. num. 88.* quod nempe cognatus alienantis vicino præferendus ſit, ex ratione jam ſupra §. *XXV.* in caſu ſimili ſuppeditata.

§. XXX.

Nonus caſus ſequitur, quando *duo vicini in exercitio juris retractus concurrunt.* Hic principia in §. *XXVII.* repetenda ſunt. Si res vendita commode diuidi poteſt, uterque ad jus retractus exercendum admittendus erit. Sin vero ejusmodi diuiſio commode fieri nequeat: præferendus erit, qui prior de retractu egit, aut, ſi uterque ſimul actionem inſtituit, ſortis judicio res committi debet. Uterque enim vicinus idem jus habet, at vero ubi æquali jure partes gaudent,

dent, judex unum reliquis inuitis præferre nequit, ſed omnibus aliis deficientibus ad ſortem recurrendum eſt.

§. XXXI.

Adiungam hic ſententiam ab illuſtri Facultate iuridica in Fridericiana noſtra menſe Decembri An. 1713. ad conſultationem Senatus Jeuerenſis conceptam & a Dn. Præſide mihi communicatam. D. P. ædes venditas ex capite conſanguinitatis retrahere volebat, D. F. & H. F. idem ex iure vicinitatis prætendebant. D. P. jus retractus ex jure vicinitatis Jeueræ non in uſu eſſe adſerebat, e contrario autem D. F. & H. F. nec retractui ex jure conſanguinitatis ibidem locum dari ſuſtinebant, niſi intuitu bonorum auitorum, ad quæ non pertinebant ædes venditæ. Pronunciatum fuit: daß D. P. (qui ex iure cognationis retrahere volebat,) zu dem Vorkauf des Hauſes quæſtionis vor D. F. und H. F. zuzulaſſen, es könte und wolte denn D. F. gehörig erweiſen, daß in Jever der Vorkauf auch wegen der Nachbarſchaft im Gebrauch ſey, der Vorkauff wegen der Blutfreundſchaft aber daſelbſt nur bloß in alt-väterlichen Gütern ſtatt finde, ſo erginge ſodann ſeines Suchens halber ferner was recht iſt, V. R. W. Rationes decidendi ſequentes fuerunt.

Ob wohl D. F. zu erſt, hernach aber H. F. und zuletzt allererſt D. P. wegen des Vorkaufs an dem Hauſe quæſtionis ſich gerichtlich gemeldet, und es alſo ſcheinen möchte, daß entweder D. F. oder H. F. dem dritten, nemlich D. P. vorzuziehen ſey;

Dieweil aber dennoch D. P. das jus retractus capite conſanguinitatis prætendiret, und dann dieſes Recht allenthalben in Teutſchland auch insgemein in bonis non auitis recipiret iſt, dahero Er disfalls (etiamſi ultimus in

 agen-

agendo fuerat,) fundatam intentionem hat, ſo lange nemlich das Gegentheil nicht erwieſen worden, welches bisher nicht geſchehen: im Gegentheil aber alle beyde D. F. und H. F. ermeldetes Näher-Recht ex capite vicinitatis prætendiren, D. F. auch einen gantzen Monathehe, als H. F. das jus retractus teſtantibus actis geſuchet hat, und Er alſo, da Sie paria jura haben, wenn D. P. nicht interueniendo gekommen wäre. propter præuentionem H. F. vorgehen müſſen, inzwiſchen aber bekand iſt, daß das jus retractus ex capite vicinitatis nicht an allen Orten recipiret, ſondern derjenige, welcher ſich in receptione & obſeruantia fundiret, das onus probandi über ſich nehmen muß,

Struu. S. I. C. exerc. 23 th. 54.

Hingegen, wann D. F. beſagte obſeruantiam zu erweiſen vermöchte, der Ausſpruch wiederum anders und nach Anleitung deſſen, ſo

Stryk. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 6. c. 3 §. 25.

hievon anführet, ausfallen würde; So iſt dergeſtalt zu erkennen geweſen.

§. XXXII.

Decimus caſus. Suppoſuimus hactenus, vicinos concurrentes ex æqua parte vicinos eſſe; ſed quid, ſi tales ſint *ex partibus inæqualibus?* Matthæus ab Afflictis *de jure prothomiſ. §. 7. ab init* caſum ſequentem proponit: Unus ex vicinis ædibus venditis propinquus eſt a tribus partibus, alter vero ab una parte ſolum, vel etiam a duabus partibus, hi in exercitio juris retractus ex capite vicinitatis concurrunt, quæritur, quis ex concurrentibus iſtis alteri ſit præferendus? Autor citatus pro eo pronunciat, qui ex tribus lateribus eſt propinquus, ille enim,

ut

ut *loc. alleg. n. 3.* ſubjungit, habet jura triplicata, alter vero non niſi duo jura, tria autem jura vincunt duo. Reliquæ quidem rationes, quas *num. 4.* adducit, nullius ſunt momenti, v. g. quod ſi tres ſunt judices delegati, ſententiæ maioris partis ſtetur, perinde ac eo caſu, quando tres ſunt judices ordinarii, aut arbitri etiam: quod maiori parti creditorum ſtetur, ubi de parte debiti remittenda agitur, vel quando debitori petenti induciæ conceduntur a creditoribus, &c. interim tamen ex alio fundamento defendi poteſt opinio Matthæi ab Afflictis. Scilicet vicinis jus protimiſeos alicubi propterea conceſſum eſt, ne ipſis vicinus injurioſus & rixioſus obtrudatur; jam vero ab ejusmodi malo vicino majus malum ſine dubio imminet ei, qui ex tribus lateribus alienanti propinquus, quam illi, qui ex uno, vel duobus ſaltem lateribus talis eſt. Ergo ipſius petitio majorem fauorem meretur. Suppono autem, rem eſſe indiuiduam. Si enim commode diuidi poſſet, uterque pro rata retraheret atque ſic utrique conſuleretur.

§. XXXIII.

Undecimus caſus, quem Matth. ab Afflictis *d. tract.* §. *1. num. 44.* proponit parum difficultatis habet. Duo, inquit, ſunt vicini, *unus vero eſt propinquior, alter remotior*, quæro, an propinquior rem venditam in ſolidum retrahere poſit; altero excluſo, qui eſt remotior? reſpondet noſter autor, dic, quod ſic. Nos itidem reſpondemus, quod propinquior ſit præferendus, ex ratione paulo ante poſita, quoniam vicino propinquiori præjudicium ab alienante ejusque emtore imminet, ſi nempe emtor eſt injurioſus, rixoſus, & ſimilis, quod præjudicium non ſentit vicinus remotior. Ergo principalis ratio ad vicinum remotiorem

non quadrat, nam hic in præſenti materia reuera non eſt vicinus.

§. XXXIV.

Duodecimum caſum proponit idem Matthæus ab Afflictis *d. l. num. 44.* hoc modo: juxta hoc quæro, inquit, Titius vendidit domum mihi juxta aliam domum meam: vicinus agit contra me jure congrui in ſolidum, an ego, ex quo ſum vicinus, habeam jus congrui propter meam contra me ipſum? Matthæus ille ab Afflictis paulúlum obſcure loquitur., tentabimus tamen, utrum ejus mentem paulo clarius exponere poſſimus. Senſus hic eſſe videtur. *Vicinus meus mihi vicino ex latere dextro ædes ſuas vendit. Poſtquam ego illas ædes emi, vicinus ex latere ſiniſtro jus retractus exercere vult,* quæritur, an hoc procedat, vel, annon potius ego, qui ædes emi; illas ex capite vicinitatis retinere poſſim? Autor citatus hanc rationem dubitandi pro negatiua adfert, quod jus congrui confuſum ſit, ex quo egomet emi, qui eram vicinus. Quid vero jam reſpondet ille ab Afflictis? & hoc eſt verum, dicit, quod actio juris congrui eſt confuſa, non tamen, pergit, eſt confuſa, ut non poſſim excipere de parte mea ratione vicinitatis, & ſic licet actio ſit extincta de jure ciuili, habet tamen locum exceptio pro parte mea ratione vicinitatis, quam habeo juxta rem emtam per me, & in parte mea potero contra aduerſarium excipere, quod ſibi non competit jus congrui, &c. Vera ratio eſſe videtur, quod in noſtro caſu res non fuerit in extraneum translata, atque adeo quemadmodum, ſi quis rem uni ex pluribus cognatis proximioribus vendidit, reliqui æque proximi jus retractus exercere non poſſunt, ſed penes venditorem eſt, cui ex cognatis pluribus æquo pretio rem velit

ven-

vendere, Struu. *Juriſpr. Rom. Germ. for. l. 3. tit. 11. aphor. 33.* ita etiam penes venditorem eſt, cui ex æque vicinis ædes ſuas vendere velit.

§. XXXV.

Decimus tertius caſus. Res aliqua ſub haſta venditur, *in licitatione autem creditores cum extraneis concurrunt* & ex utraque parte idem plane pretium offertur, dubium eſt, cuinam in ejusmodi concurſu res ſit adjudicanda? Gaius in *l. 16. ff. de reb. aut. jud. poſſid.* creditorem præfert, etiam in eo caſu, ſi cum creditore debitoris, cujus bona veneunt, cognatus concurrit. Si & *cognatus debitoris cum extraneo concurrit*, cognatus præfertur, nemine ex creditoribus concurrente. Denique ſi *plures creditores concurrunt*: inter eos is potior eſt, cui major pecunia debebitur, *d. l. 16.* Sed quid ſi duobus creditoribus concurrentibus eadem ſumma debeatur? ſorti locum eſſe arbitror. In Saxonia hæc, quæ adduximus, non valent, ſed ibi primus licitator indiſtincte jure protimiſeos gaudet, Carpzov. *p. 1. c. 32. def. 42.*

§. XXXVI.

Decimus quartus caſus. Paulus, Meuius & Jauolenus ædes communes poſſident, quilibet ex tertia parte pro indiuiſo. Paulus tertiam ſuam partem alienat, *reliqui duo ſocii intuitu juris retractus concurrunt.* Puto, quia utraque pars paria jura habet, quod præuentioni locus detur, aut ſorte res ſit dirimenda, ſi uterque eodem tempore de retractu agit. Ceterum & hic penes venditorem eſt, utrum uni ex ſociis partem ſuam vendere velit, quo facto alteri ius retractus nullo modo competit, prout in ſimili caſu ante diximus §. *XXXIV. in fin.*

§. XXXVII.

Decimus quintus caſus. *Duo ius protimiſeos ſibi ſtipulati*

ti ſunt, *verum diuerſo tempore*, & nunc in exercitio iuris retractus concurrunt. Extra dubium hic eſt, quod is, qui prius ſtipulatus eſt, poſteriori ſit præferendus, jus enim ex ſtipulatione quæſitum ipſi inuito & inſcio auferri non poteſt, v. B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 6. c. 3.* §. *27.* quod ſi eodem tempore illud ius ſibi ſtipulati ſunt: in re diuidua uterque ſimul admittitur, in re indiuidua autem præuentioni locus datur, vel denique hac præuentione deficiente res ſorti committitur, quisnam alteri ſit præferendus.

§. XXXIIX.

Addam adhuc decimum ſextum caſum. *Concurrunt duo conſanguinei æque proximi*, *verum unus ex illis præter jus ſanguinis etiam ſpeciali pacto ſibi proſpexit*, atque adeo duplex fundamentum iuris protimiſeos adlegare poteſt, ex lege & ex conuentione. Quæritur, annon hic alteri præferendus ſit? Ratio dubitandi pro adfirmatiua eſt, quia aliquoties diximus, quod duplex vinculum fortius liget & proinde alteri præferatur, qui tale duplex vinculum adlegare poteſt: verum enim vero contraria ſententia nihilominus verior eſt. Supra enim §. *XIX.* iam oſtendimus, quod pacta de iure retractus interpoſita in præiudicium iuris retractus ex lege competentis nihil quidquam operentur. Ergo unum ex illis vinculis duobus, ad quæ in noſtro caſu alter conſanguineus prouocat, eſt vinculum impertinens & ſic nullum ius prælationis in concurſu producere poteſt.

§. XXXIX.

Explicauimus hactenus potiſſimos caſus in materia de iure protimiſeos & concurſu duorum circa idem factum obuenientes. Si qui alii adhuc forſan obueniunt, illi ex principiis a nobis poſitis facile reſolui poterunt.

Un-

Unde nunc ad alia progredimur. Equidem ex materia concurſus creditorum plurimi caſus ad ſcopum noſtrum facientes huc etiam referri poſſent; verum cum integri tractatus, iique non pauci, extent, in quibus de creditoribus circa idem pignus, &c. concurrentibus ex inſtituto tractatur, hinc beneuolum lectorem eo remittimus.

§. XL.

In *feudis* ſæpe *expectatiua conceditur*, non ſolum uni, ſed interdum quoque duobus, vel pluribus intuitu ejusdem feudi, qui adeo deinde, poſtquam feudum apertum eſt, inter ſe concurruut, non ut partes faciant, ſed ut alter alterum excludat, unde jam diſpiciendum, quemnam leges alteri præferant. Prouocant vero DD. hic communiter ad eadem principia, quæ ſupra §. *XVII.* recenſuimns in materia de duobus emtoribus circa eandem rem habendam concurrentibus. Adſerunt ergo, quod cum duo de eodem feudo in caſum ejus vacaturi conceſſionem impetrant, nemine adhuc inueſtito potior ſit cauſa priori conceſſione nitentis, Hartm. Piſtor. *part. 2. qu. 29. num. 1.* Meu. *p. 4. dec. 78.* Cum vero alter eorum ſimul inueſtitur, hic præfertur nudam expectatiuam habenti, & ſi uterque inueſtitus, potior eſt cauſa prius inueſtiti, Roſenthal. *de feud. cap. 6. concluſ. 12. num. 7.* niſi poſterior poſſeſſionem nactus ſit, quippe cujus tunc ſunt potiores partes. Verum hæc adſertio etiam limitationem admittit, de qua Meu. *loc. cit.* & Hartm. Piſtor. *cit. quæſt. 29. num. 28.* Scilicet, ſi in prima conceſſione ejusmodi formulæ deprehenduntur, ex quibus colligi poteſt, voluntatem concedentis fuiſſe, ut dominium utile feudi, cum aperietur, ſtatim & ipſo jure ad inueſtitum tranſeat, v. g. quod quamprimum feudum vacabit; illud inueſtiti eſſe, is in eo defendi, vel ipſe occu-

pandi licentiam habere debeat. Item, ſi inueſtiens facultatem alium de eodem feudo inueſtiendi abdicauit, ita, ut ſi nihilominus aliquem inueſtierit, illa inueſtierit, illa inueſtitura nullius momenti nec ipſi præjudicio eſſe debeat. Porro, ſi ultimo inueſtiti poſſeſſio occupata ſit eo tempore, quando ipſe alterius jus ſciuit, & hic nihilominus tamen vel inueſtituram, vel poſſeſſionem nactus eſt, ne alicui mala fides, ſeu fraus ſua patrocinetur, *l. quoties 15. C. de rei vind.* Addit etiam Meuius hanc exceptionem, licet poſterior poſſeſſionem adprehenderit, alterius tamen inueſtitura non ſit gratuita, ſed illa ob bene merita facta fuerit.

§. XLI.

Feudum, ſi a tertio quopiam poſſidetur a domino vindicari poteſt. Quoniam vero in feudalibus aliud utile dominium eſt, aliud vero directum; hinc quæſtio oritur, *ſi in rei vindicatione dominus directus cum domino utili concurrat*, quisnam alteri præferri debeat? uterque enim ſimul & eodem tempore eandem rem vindicare non poteſt in ſolidum. Natura negotii oſtendit, quod hoc caſu dominns utilis domino directo ſit præferendus, quia vaſallo poſſeſſio & perceptio omnium emolumentorum competit, quam dominus directus ipſi nullo modo interuertere poteſt, domino directo autem per hoc, quod dominus utilis vindicat, nullum præiudicium infertur, Stryk. *exam. iur. feud. c. 24. qu. 7.* ſuppoſito, quod vaſallus iura dominii directi interuertere non ſtudeat, hoc enim ad caſus exceptos referendum eſſet. Ex prius dictis DD. inferunt, quod dominus ad rei vindicationem tunc demum admittatur, ſi vaſallus vel nolit, vel agere non poſſit, v. quos citat Gothofredus

dus Antonius *in iure feudal. diſp. 13. th. 5. lit. e.* Idem de vindicatione fundi emphyteutici dicendum erit.

§. XLII.

In materia *de ſponſalibus* ſæpe etiam duo circa idem factum, id eſt, conſummationem ſponſalium, concurrunt & hic iterum idem velle non eſt firma amicitia. Hic primo expeditum eſt, quod is, qui clandeſtina ſponſalia celebrauit, illi cedere debeat, qui celebrauit publica, & quod in altero caſu, ſi virgo cum duobus ſucceſſiue ita publice contraxit, ad prioritatem temporis ſit reſpiciendum. Sponſalia enim clandeſtina ipſo jure ſunt nulla, & ſic nullum etiam poſſunt producere effectum, ſed ad publica ſolum reſpicitur. Deinde, qui primus ſponſalia publica cum virgine aliqua celebrauit, jus quæſitum exinde obtinuit, quod ipſi per alia ſponſalia ex poſtfacto contra leges contracta auferri non potuit. Porro, ſi unus virginem ſibi de præſenti, alter autem per verba de futuro deſponſauit; prior ille præferendus erit, quoniam ſponſalia de futuro obligationem non producunt, *v. c. ult. X. de ſponſal. c. 1. X. de ſponſa duorum.* Si quis cum duabus per verba de præſenti contraxit: iterum ad prioritatem temporis reſpicitur, *d. c. 1. X. de ſponſa duorum.*

§. XLIII.

Sed quid ſi ad ſponſalia clandeſtina, publica poſteriora, aut ea, quæ de præſenti ſunt, poſteriora, *concubitus acceſſerit?* Sane & clandeſtina & poſteriora publica, & poſteriora de præſenti ad claſſem negotiorum prohibitorum pertinent. Concubitus ille, de quo loquimur, eodem modo contra prohibitionem legis impingit. Quæſtio eſt: utrum ex duobus illegitimis unum legitimum fiat? non credo. De ſponſalibus poſterioribus de præ-

ſenti textus eſt in *c. 3. X. de ſponſ. duor. quod ſi inter virum & mulierem legitimus conſenſus interueniat de præſenti, ita quidem, quod unus alterum in ſuo mutuo conſenſu verbis conſuetis expreſſe recipiat, utroque dicente: ego te accipio in meum: ſiue ſit juramentum interpoſitum: ſiue non, non licet mulieri alii nubere. Et ſi nupſerit, etiamſi carnalis copula ſit ſecuta, ab eo ſeparari debet, & ut ad primum redeat, eccleſiaſtica diſtrictione compelli: quamuis aliter a quibusdam prædeceſſoribus noſtris ſit aliquando iudicatum,* add. *c. 5. X. eod.*

§. XLIV.

Hiſce tamen non obſtantibus intuitu ſponſalium clandeſtinorum, quibus copula carnalis acceſſit, contrarium ſuſtinet Carpzovius *Jurispr. eccleſ. l. 2. def. 69.* exiſtimans, quod hoc caſu clandeſtina publicis ſint præferenda. Prouocat ille primo *num. 3.* ad Bezam, Hemmingium, Beuſtium, aliosque, pro ſtabilienda ſua opinione; verum nos putamus, non eo reſpiciendum eſſe, quis dicat, ſed qua ratione aliquid dicatur, Optime B. Strykius *in not. ad Brunnem jus eccleſ. l. 2. c. 16. §. 8. verb. de conſuetudine non obtinet,* non ſatis certa, inquit, hæc conſuetudo, memini enim me ex actis obſeruaſſe, pro prioribus ſponſalibus pronunciatum, & poſterius matrimonium diſſoluendum eſſe, reſponſum fuiſſe. Quod ipſum ratione manifeſta nititur, quippe non eſt in poteſtate ſponſi, facto ſuo illicito, dum ſcilicet immemor fidei priori ſponſæ datæ contra humana diuinaque jura cum alia fœmina ſponſalia contrahit, eademque vel copula, vel benedictione ſacerdotali conſummat, ſe a validiſſimo priorum ſponſalium nexu liberare, alias enim peſſimus quisque hac cautela priorem ſponſam eludere & aliam uxorem ſibi quærere poſſet. Pergit Carpzovius *num. 5.* clandeſtinitatem

tem per copulam carnalem adeo purgari, ut ſponſalia publice & cum conſenſu parentum contracta habeantur, adeoque firma ſint & obligatoria; verum hæc eadem facilitate negantur, qua a Carpzouio adſeruntur. Addit *n. 9.* contrahentes tamen per concubitum unam carnem fieri; ita quidem eſt, ſed modo illicito, perinde ut ille, qui meretrici adhæret, una caro cum ipſa fit. Ex facto illicito autem nemo jus conſequitur. Prouocat *num. 10.* ad æquitatem, ut conſulatur vitiatæ, quorſum & Lutherum inclinare dicit; verum nos exiſtimamus, damnum non eſſe, quod quis ſua culpa ſentit, & hinc vitiatam ſibi imputare debere, quod contra legis prohibitionem cum alterius ſponſo concubuerit. Maxima ſane iniquitas foret, ſi propter illicitum factum ſponſæ, quæ publica ſponſalia ſecundum legum præſcriptum celebrauit, jus quæſitum auferretur. Tandem quoque *c. 30. X. de ſponſal.* in medium profert, verb. *is, qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo carnali copula ſubſecuta, etſi in facie eccleſiæ ducat aliam & cognoſcat, ad primam redire tenetur.* Verum reſpondetur primo, illum textum de eo caſu loqui, ubi quis ſponſalia de futuro (quæ non ſunt prohibita, uti clandeſtina,) contraxerat & cum ſponſa de futuro concubuerat, deinde autem demum cum alia matrimonium celebrauerat. Hic ſponſus eo ipſo, dum cum ſponſa concubuerat, conſenſum de præſenti declarauerat, & hinc caſus ille a præſenti noſtro plane diuerſus eſt, ubi agitur de ſponſalibus clandeſtinis, quæ per concubitum neutiquam publica fieri poſſunt. Poſito autem, quod adhuc alius textus proferri queat, qui ſententiam Carpzouii clare confirmaret; reſponderemus tamen, jus canonicum apud evange-

licos non eſſe receptum, ſicubi illud a ſana ratione & jure diuino prorſus recedit.

§. XLV.

Sequitur caſus, quando duo ſponſi concurrunt, *quorum primus ſponſalia conditionata, alter autem cum eadem virgine conditione adhuc pendente ſponſalia pura celebrauit.* Quisnam nunc præferendus, ſi uterque conſumationem matrimonii urget? Audiamus Carpzovium in utramque partem. In *juriſpr. eccleſ. l. 2. def. 70.* ſponſalia pure contracta, licet poſteriora, præfert ſponſalibus conditionatis anterioribus. Nec eſt, inquit *num. 14.* quod nobis opponatur, conditione exiſtente obligationem retrotrahi ad tempus contractus, *l. 11. §. videamus ff. qui pot. in pign.* etſi enim alias hoc veriſſimum eſt, minime tamen id præjudicare poteſt ſponſalibus interim pure contractis, cum hic obex incurrat, qui priorem obligationem tollit, ut ad id, quod ſublatum ſit, conditio retrotrahi nequeat. Frigida ſane reſponſio, cum obex ille incurrens, ut Carpzovius eum appellat, nullius plane momenti ſit. Audiamus nunc quoque Carpzouium rectius philoſophantem. Ita vero ille in eadem *juriſprud. eccleſ. l. 2. def. 21.* an ergo, inquit, a ſponſalibus ſub conditione contractis pendente conditione reſilire & cum alia perſona pure & de præſenti ſponſalia inire fas erit? ita quidem, reſpondet Carpzouius, putant Alber. Gentil. *l. 2. de nupt. c. 12. p. 172.* Mauſer. *de nupt. p. 323.* quia non exiſtente obligatione libera videtur relicta facultas conjugium inire, cum qua perſona quisque velit. Sed impia, addit, & periculoſa eſt hæc adſertio. Dicendum potius, a contrahentibus expectari debere conditionis euentum priusquam ad alia conuolent ſponſalia, cum Paulo Cypræo *de ſponſal. c. 8. §. 4.* Panormitan. *in c. ſuper eo. X. de condit. adpoſ.* Joh. Gerhard.

in

in loc. de conjug. §. *149. p. 221.* Tarnou. *lib. de matrim. c. 79.* idemque ſenſit B. Lutherus *de cauſ. matrim. tom. 5.* Quis hæc cum prioribus connectet, interim hæc poſterior opinio Carpzouii priori merito præferenda erit, daretur enim, dicente Carpzouio *d. def. 21. num. 9.* occaſio pro deridiculo ac delectamento habendi matrimonium, ſi cuiuis liceret proprio auſu & arbitrio a ſponſalibus conditionatis recedere: ut ſic vel ſaltem honeſtatis cauſa reſiliendi facultas præſcindi debeat contrahentibus, quia in matrimoniis non ſaltem, quod licet, ſed & quod honeſtum eſt, ſpectari ſolet.

§. XLVI.

Erunt ergo conditionata priora poſterioribus puris præferenda, licet ad conditionata concubitus acceſſerit, per ea, quæ in §. *XLIV.* & *XLV.* jam tradidimus. Addendus adhuc eſt alius caſus, ſi ad clandeſtina, publica poſteriora, vel pura poſteriora *benedictio ſacerdotalis acceſſerit.* Habeamus hic iterum Carpzouium diuerſa adſerentem. In *Juriſpr. eccleſ. l. 2. def. 66.* ſtatuit quod prioribus ſponſalibus præferantur, poſteriora, ſi hæc per nuptias & benedictionem ſacerdotalem conſummata fuerint. Miſera eſt ratio qua nititur, quam paucis exprimit *num. 14.* quod nempe coniugium pro perfecto non habeatur, priusquam ſit ab eccleſia ſolemniter adprobatum, confirmatum & benedictum. Quaſi vero eccleſia ſponſalia contra leges contracta ſolemniter adprobare, confirmare iisque benedicere velit ac poſſit? In *praxi crimin. qu. 67. n. 58.* rectius philoſophatur Carpzouius noſter, a qua ſententia in jurisprudentia male receſſit, ut ſic eius intuitu cogitationes poſteriores non fuerint meliores. Ita vero ibi: ex quo ſequitur, ſponſa prima ſponſum recipere volente (hoc enim ſemper ſupponitur) matrimonium cum ſponſa poſteriore conſum-

ſummatum dirimendum, & ſponſum relicta uxore ad primam redire cogendum eſſe, quam adſertionem textibus & multorum DD. autoritatibus confirmat. Audiamus B. Strykium *in not. ad Brunnem. ius eccleſ. l. 2. c. 16. §. 8. verb. de conſuetudine tamen.* Nec obſtat, inquit ille, quod benedictio ſacerdotalis adhibita; hoc enim de facto factum & hinc juris effectum habere nequit, acceſſit enim illa benedictio ex errore ad deſponſationem penitus illicitam, unde priori ſponſa diſſolutionem urgente, ſi perſuaſionibus adduci nequeat, ut a iure ſuo recedat, pro ipſa pronunciandum erit. Qui farraginem autorum deſiderat & autoritatibus nititur, ille adeat Berlichium *p. 4. concl. 28. n. 67.*

§. XLVII.

Ex materia de ſponſalibus etiam hic caſus notandus eſt. *Concurrunt duo, qui cum eadem virgine matrimonium inire volunt.* Virgo duobus illis ſucceſſiue fidem dedit & ergo præferendus eſſet ille, cui primo ſeſe deſponſauit. Metuit vero hic, ne forſan alter, cui ſubſequente tempore, quamuis de facto, matrimonium promiſit, ad carnalem copulam eandem inducat, quid ergo in tali concurſu faciendum? Sequeſtrationi locum eſſe dicunt DD. ut omnia in priſtino ſtatu permaneant lite pendente, illuſtr. Coccejus *diſſert. de ſequeſtr. fœmin. c. 2. §. 7.* Stryk. *uſ. mod. ff. tit. depoſ. vel contr. §. 16.* & hincGailius *l. 1. obſ. 112. num. 16.* ita quondam pronunciatum fuiſſe refert: **In Sachen ... iſt erkandt, daß gemeldete Sabina bey einer ehrlichen, nahmhaften und anſehnlichen Frauen (deren ſich beyde Theil in Zeit vier Wochen den nechſten vergleichen ſollen, ſequeſtriret ſeyn, und bey derſelben bis zu Ausführung fürgenommener Rechtfertigung ehrlich**

lich erzogen, auch ohne allen Argwohn und gefährlichen Zugang vertraut und enthalten werden ſoll, und da ſich die Partheyen der Frauen halben in gemeldter Zeit nicht können vergleichen, daß alsdann der Biſchoff .. die gedachte Sabina obberührter maßen zu einer ehrlichen nahmhaften Frauen alſo, wie gemeldt, vertraulich zu enthalten verſehen und verordnen, derhalben auch Mandat und Sequeſter erkant ſeyn ſollen. Eadem ratio eſt, ſi adſunt indicia, filiam metu induci ad ſponſalia cum Titio celebranda, Meuius concurrens vero certo perſuaſus eſt, fore, ut virgo ipſi potius fidem coujugalem det, modo in libertate conſtituta eſſet, Stryk. *loc. cit.* Similis caſus eſt in materia *de exhibendis liberis*, quando ſcilicet pater & mater in exhibitionis petitione concurrunt & mater propter nequitiam patris, quem adlegat, huic præferri vult. Ulpianus in *l. 3. §. 6. ff. de lib. exhibend. in hoc interdicto*, inquit, *donec res judicetur fœminam, prætextatum, eumque, qui proxime prætextati ætatem accedet, interim apud matremfamilias deponi Prætor jubet.*

§. XLIIX.

Si *plures legatarii concurrunt, quibus optio eſt legata*, aut unius legatarii plures heredes, hi vero in optando diſſentiunt, quæſtio etiam oritur, qua ratione diſſenſus optantium tolli debeat? deciſum hoc eſt in §. *23. I. de legat. & diligentiore retractu habito & hoc in noſtra conſtitutione additum eſt, ſiue plures legatarii extiterint, quibus optio relicta eſt & diſſentiant in corpore eligendo; ſiue unius legatarii plures heredes ſint & inter ſe circa optandum diſſentiant, alio aliud corpus eligere cupiente: ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra beneuolentiam introducebant,) fortunam eſſe hujus optionis judicem, & ſorte hoc eſſe dirimendum, ut ad quem ſors peruenerit, illius*

Digitized by Google

ſententia in opinione præcellat. Conſtitutio, cuius mentionem hic injicit imperator, extat in *l. ult. C. Commun. de legat.* ex qua generalem regulam format B. Brunnemannus *in comm. ad d. l.* controuerſias inter eos, qui rem communem poſſident, ſortis judicio ſubmitti debere, quod fortunæ judicium dicitur, eius tamen director Deus eſt.

§ XLIX.

Propero nunc ad finem. Plura fateor, adhuc colligi potuiſſent, v. g. de pluribus heredibus & legatariis circa eandem hereditatem & legatum habendum concurrentibus in materia juris adcreſcendi, ſimilibusque: verum ſpecimen aliquod ſaltem eruditorum examini ſubmittere volui, cui hæc, quæ adduxi, meo iudicio ſufficere poterunt. Latior adhuc diſſerendi campus ſeſe mihi aperuiſſet, ſi ad eos excurrere voluiſſem, qui, circa idem officium habendum concurrunt; verum hæc & ſimilia lubens omitto. Nihil ergo reſtat, quam ut Deo teroptimo terque maximo humillima mente gratias publice perſoluam, quod hactenus in curſu ſtudiorum meorum gratia ſua ſemper concurrere mihique adeſſe voluerit. Gratiæ ipſius diuinæque clementiæ me in futurum unice etiam relinquo, hoc unicum expetens, velit ſummum æternumque numen omnia, quæ ſuſcepti & adhuc ſuſcepturus ſum, eo dirigere, vt vergant in ipſius gloriam, eccleſiæ & reipublicæ emolumentum.

T A N T U M.

DOCTISSIMO
DN. RESPONDENTI
S. P. D.
PRAESES.

Cicero ab initio primi de officiis libri ad Marcum, filium, ſcribit, quod poſtquam annum Cratippum jam audierit, idque Athenis, eum abundare oporteat præceptis inſtitutisque philoſophiæ, propter ſummam & doctoris autoritatem & urbis. Ego Ciceroni me non comparo, ejusmodi enim faſtus a me longiſſime abeſt: interim tamen ad Te, doctiſſime Reſpondens, ad cognatum meum & quem inſtar filii diligo, nihilominus ſcribo. Oportet Te multos annos jam audientem celeberrimos Anteceſſores & Profeſſores, idque Halæ, abundare præceptis inſtitutisque non ſimulatæ, ſed veræ philoſophiæ, quæ adſerente Vlpiano ipſa jurisprudentia eſt, propter ſummam & doctorum noſtrorum autoritatem, & urbis. Oportet, te abundare. Abundas etiam. Teſtis ego ſum, & auditores etiam, quibus præſentibus reſponſurus es, teſtimonium Tibi perhibebunt omni exceptione majus. Bina vice ciuus academiæ noſtræ fuiſti, ſed idem

ſem-

ſemper, diligens, modeſtus, & a peruerſorum hominum conſortio alienus. Doctrinis ſaluberrimis doctorum noſtrorum imbutus es, meus etiam, quæ infimus in doctorum numero ſum, in ſcholis meis indiuiduus & perpetuus fuiſti comes. Didiciſti tamdiu, quoad te, quantum profeceris, non pœnitebit: æquum ab iniquo ſeparare, licitum ab illicito diſcernere edoctus es. Cicero filio ſuo, Marco, ſuadet, ut patris exemplo ſemper cum græcis latina coniungat, ego Tibi ſuadeo, ut cum theoria praxin coniungas, idque patris Tui exemplo, qui me etiam, dum inter viuos erat, patris inſtar dilexit, ut par ſis & in theoriæ & praxeos facultate. Adpellaberis ita merito artis boni & æqui ſacerdos. Gratulor Tibi, doctiſſime Reſpondens, de egregiis in ſtudio jurisprudentiæ profectibus: adſit diuinum numen omnibus conatibus Tuis, ut ad ipſius gloriam & proximi ſalutem dirigantur. Ego fauſta quælibet Tibi adprecor. Vale Dabam Halæ Magdeburgicæ d.
XVII. Octobr. MDCCXIV.

A 11473644

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google